

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil quince (2015)

Radicación núm.:	25000 2341 000 2013 00457 01
Actor:	EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la sociedad Industria Nacional de Gaseosas S.A., en calidad de tercero interesado en las resultas del proceso, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contra la Sentencia proferida el 10 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de la Resolución No. SSPD 20128140183175 del 4 de octubre de 2012, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD. y a título de restablecimiento del derecho autorizó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. a cobrar a INDEGA S.A. unas sumas de dinero.

1.- ANTECEDENTES
RESUMEN DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el objeto de que accediera a las siguientes:

1.1.1.- Pretensiones:

1ª. Que se declare la nulidad de la Resolución No. SSPD 20128140183175 de 4 de octubre de 2012, expedida por la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Industria Nacional de Gaseosas S.A.- INDEGA S.A., respecto de los predios ubicados en la Avenida Carrera 96 No. 24C 94 IN 1 y Avenida Carrera 96 núm. 24C 94 IN 2, de la ciudad de Bogotá D.C., que se identifican con la cuentas contrato números 1023123 y 113316695 y que corresponden a la Zona 2 de la ciudad de Bogotá D.C.

2ª. Que, de conformidad con lo anterior, se dejen en firme los actos administrativos números S-2010-588206 del 25 de octubre de 2010 y S-2010-654724 del 29 de noviembre de 2010, proferidos por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., mediante los cuales, respectivamente, se resolvió la reclamación presentada por la

sociedad INDEGA S.A. y se resolvió un recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto contra la decisión inicial.

3ª. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a cancelar en favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P. las sumas de dinero que ordenó descontar a las cuentas contrato números 1023123 y 113316695 de la sociedad INDEGA S.A. por valor de ciento cuarenta millones doscientos veinticinco mil ciento veintidós pesos moneda corriente (\$140.225.122) respecto de la primer cuenta contrato, y la suma de ciento treinta y dos millones setecientos treinta y cinco mil doscientos trece pesos moneda corriente (\$132.735.213) con relación a la segunda cuenta contrato, para un valor total de doscientos setenta y dos millones novecientos sesenta mil trescientos treinta y cinco pesos m/cte. (\$272.960.335), más los intereses moratorios más altos a la tasa vigente al momento de liquidarlos.

4a. Que se ordene, que las sumas de dinero que se reconozcan en favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. sean liquidadas devengando los intereses previstos en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5a. Que se condene a la demandada a pagar las costas judiciales y las agencias en derecho.

Pretensión subsidiaria:

En caso de no acogerse la pretensión del numeral 3º de este acápite, que se declare a título de restablecimiento del derecho que en el evento en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no cancele en favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. las sumas de dinero que ordenó descontar a las cuentas contrato núm. 10203123 y 11331695 de la sociedad INDEGA S.A., se ordene el cobro de la suma de ciento cuarenta millones doscientos veinticinco mil ciento veintidós pesos moneda corriente (\$140.225.122) con cargo a la cuenta contrato No. 10203123 y se autorice el cobro del valor de ciento treinta y dos millones setecientos treinta y cinco mil doscientos trece pesos moneda corriente (\$132.735.213) en la cuenta contrato No. 11331695, por corresponder estos valores a la prestación efectiva de los servicios de alcantarillado prestados por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. a la sociedad INDEGA S.A. en los predios ubicados en la Avenida Carrera 96 No. 24C 94 IN 1 y en la Avenida Carrera 96 Núm. 24C 94 IN 2 de la ciudad de Bogotá.

1.1.2. Hechos:

La demanda se fundamenta en los siguientes:

1º. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. presta los servicios de acueducto y alcantarillado a los inmuebles ubicados en la Avenida Carrera 96 No. 24C 94 IN 1 y en la Avenida Carrera 96

Núm. 24C 94 IN 2 de la ciudad de Bogotá, los cuales se identifican para efectos del sistema comercial con las cuentas contrato No. 1023123 y 113316695.

2º. Mediante radicados números E-2010-081477 de 4 de octubre de 2010 y E-2010-082033 de 5 de octubre de 2010, la sociedad INDEGA S.A. presentó reclamación contra la facturación de las cuentas contrato 10203123 y 11331695, alegando que la facturación del servicio de alcantarillado debe efectuarse con fundamento en la medición de los vertimientos registrados en los contadores instalados por INDEGA o según lo ordenado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Consejo de Estado, que existe desproporción entre la suma liquidada por concepto del servicio de alcantarillado y la cantidad real de los vertimientos en las instalaciones de INDEGA, que existe cobro inoportuno de dicho servicio, y que se extienda la solicitud de facturación parcial.

3º. A través de la Decisión S-2010-588206 de 25 de octubre de 2011, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P. resolvió la mencionada reclamación, en el sentido de confirmar el valor cobrado en las facturas correspondientes a las cuentas contrato 10203123 y 11331695 durante el período del 23 de abril de 2010 al 10 de septiembre de 2010 período. Así mismo, le indicó -frente a la solicitud de que a partir del mes de octubre de 2010 se cobre por aforo o medición de vertimientos- que se facturaría de conformidad con la regulación vigente, esto es, la Resolución CRA 287 de 2004.

4º. La sociedad INDEGA S.A. interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación en contra de la Decisión S-2010-588206 de 25 de octubre de 2011 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., argumentando principalmente la desproporción del consumo a facturar por concepto de alcantarillado. El primero de ellos fue resuelto por la Empresa mediante la Decisión núm. E-2010-654724 del 29 de noviembre de 2010, en el sentido de confirmar la decisión recurrida y conceder el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria.

5º. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la Resolución SSPD 20128140183175 de 4 de octubre de 2012 resolvió el recurso de apelación interpuesto, en el sentido de modificar la decisión recurrida y, en su lugar, disponer para las cuentas contrato la reliquidación de la factura del periodo del 14 de agosto de 2010 al 10 de septiembre de 2010 con base en la diferencia de lecturas que registraba el medidor de alcantarillado (descargas industriales).

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación:

En criterio de la demandante, la Resolución acusada vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 29 y 84 de la C.P.; 73.11, 73.12, 87 y 146 de la Ley 142 de 1994; 17 del Decreto 302 de 2000; 1.2.1.1. de la Resolución 151 de 2001 de la CRA; y Resoluciones 271 de 2003 y 287

de 2004 de la CRA., por razones que se concretan en los siguientes cargos de nulidad:

1.1.3.1. Falta de competencia. Afirmó en sustento de esta acusación:

(i) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios carece de competencia para exigir que se de aplicación a un mecanismo de facturación que ni siquiera la ley ha podido definir para el caso del servicio de alcantarillado de grandes consumidores, en tanto que la Comisión de Regulación de Agua Potable no ha contemplado la medición de descarga de alcantarillado, como variable para determinar el cobro del servicio; y que corresponde al ente regulador y no a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, establecer la unidad de medida del consumo del servicio de alcantarillado, de manera diferente a como se realiza en la actualidad.

(ii) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al exigir procedimientos y actuaciones especiales como condición y requisito para que la empresa facture el servicio de alcantarillado con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado-descargas industriales, método no previsto en la normatividad tarifaria, no sólo vulnera el artículo 84 de la Carta, sino que incurre en una clara extralimitación de funciones, en cuanto pretende reglamentar el esquema tarifario de manera distinta a la establecida por la Comisión de Regulación.

(iii) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expidió el acto acusado en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos 79, numeral 29 , 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, modificados por la Ley 689 de 2001 y el artículo 20, numerales 1º y 2º del Decreto 990 de 2002, modificado por el artículo 2º del Decreto 2590 de 2007, los cuales no le han otorgado la competencia para regular el tema de la unidad de medición en materia de alcantarillado, ni para exigir y crear procedimientos especiales, como lo hizo con el acto acusado.

(iv) Que se presenta incompetencia del ente de control al haber ordenado la modificación de la tarifa de alcantarillado, lo cual corresponde a la Comisión de Regulación de Agua Potable, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, estableció la tarifa con base en el consumo de acueducto, tal como se observa en las Resoluciones 151 de 2001, 271 de 2003 y 287 de la CRA.

(v) Que la fórmula tarifaria vigente para el servicio de alcantarillado fue expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable en ejercicio de lo previsto en los artículos 11 y 12 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, y en virtud de ella se estableció que en materia de alcantarillado la unidad de medida para definir el consumo son los metros cúbicos del servicio de acueducto.

(vi) Que no es función de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. como empresa prestadora del servicio, ni de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como ente de inspección y vigilancia, la modificación de la estructura tarifaria, debido a que dicha responsabilidad recae únicamente sobre la Comisión de Regulación de Agua Potable.

(vii) Que, en síntesis, es función de este organismo establecer: i) las fórmulas tarifarias; ii) la unidad de medida de consumo y iii) el parámetro para la estimación del consumo del servicio de alcantarillado.

(viii) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desconoce el Decreto 1905 de 2000, pues, en abierta contradicción con las normas invocadas, se está atribuyendo una competencia que no le corresponde, al ordenar la reliquidación de la cuenta de contrato con base en la diferencia real de lecturas que registra el medidor, sin tener en cuenta que la EAAB E.S.P. liquidó la facturación del predio con base en la metodología establecida en la Resolución núm. 287 de 2004 de la Comisión de Regulación de Agua Potable, esto es, en proporción directa con el consumo de acueducto.

(ix) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sin competencia, decide que a INDEGA S.A. debe hacerse la medición por la descarga, con lo cual modifica indirectamente la tarifa para este usuario, desconociendo también lo previsto en el artículo 129 de la Ley

142 de 1994, al modificar sin facultad alguna el contrato de condiciones uniformes, que recibe en su tarifa de alcantarillado un subsidio al no tener que pagar igual que los demás.

(x) Que la entidad demandada transgrede el artículo 355 de la Carta Política al otorgar subsidios no previstos en la ley, (artículo 86.2, Ley 142 de 1994), con lo cual la Industria Nacional de Gaseosas - INDEGA S.A. se ve beneficiada al aprovechar una tarifa que se calcula por un sistema de reparto en el que todos los usuarios pagan un valor equivalente al agua que consuman, viértanla o no al alcantarillado (fijación de la tarifa) y con el acto acusado tan sólo está obligada a pagar por el número de metros que descarga, mientras que los demás usuarios tienen que pagar según el consumo de acueducto.

(xi) Que no puede el usuario *motu proprio* instalar el medidor que le parezca con las condiciones que le parezca y en el lugar que lo estime, porque en materia de medición la Empresa es la competente por expresa disposición legal (art. 144 de la Ley 142 de 1994) para determinar cuáles son los equipos de medida aceptables, aunado a que no podría hacerlo para un usuario en particular, sino a través del contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado; que al admitir la Superintendencia un medidor no autorizado actúa sin competencia y de manera ilegal; y que la orden de efectuar la liquidación de la factura con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descarga industriales) no se ajusta a la ley, más aun si se tiene en

cuenta que los medidores instalados por el usuario no fueron certificados ni calibrados.

(xii) Que el sistema de determinación del valor del servicio de alcantarillado por la descarga presupone fijar unas reglas equilibradas de acuerdo con la Ley, para compensar el valor en que incurre la empresa en la prestación del servicio, porque, como es sabido, el contrato de prestación de servicios es conmutativo; y que, por ello, además, el artículo 73 de la Ley 142 de 1993 dispone quiénes pueden ser considerados como “grandes usuarios”, así como el artículo 17 del Decreto 302 de 2000, modificado por el Decreto 229 de 2002 artículo 6º, disposiciones que a su vez fueron regladas por la Resolución núm. 151 de 2001, de la Comisión de Regulación de Agua Potable, modificada posteriormente por la Resolución 271 de 2003, y de las cuales se puede deducir que no existe fórmula tarifaria para facturar el servicio de alcantarillado con base en los vertimientos, en lugar de la de consumo de acueducto.

1.1.3.2. Falsa motivación. Al sustentar este cargo manifestó:

(i) Que el acto acusado se encuentra falsamente motivado, por infracción a las normas en que debía fundarse, pues la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios desconoció lo previsto en los artículos 87 y 146, inciso 6º, de la Ley 142 de 1994, y en las Resoluciones números 151 de 2001, 271 de 2003 y 287 de 2004 de la CRA.

(ii) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desconoció la regulación aplicable en materia de servicios públicos domiciliarios frente a la liquidación y facturación del servicio de alcantarillado para grandes consumidores y, en razón a que no sustentó su decisión bajo la premisa de una fórmula tarifaria para el servicio de alcantarillado, definida por la Comisión de Regulación de Agua Potable- CRA, en virtud de la cual el parámetro de medición para definir el consumo del servicio de alcantarillado corresponde a los metros cúbicos del servicio de acueducto, y no los métricos cúbicos vertidos a la red de alcantarillado.

(iii) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios violó el principio de legalidad, previsto en el artículo 6º de la Constitución Política, al impedirle a la a la actora la facturación del servicio de alcantarillado, conforme a la metodología establecida en la Resoluciones números 151 de 2001, 162 de 2001 y 287 de 2004 y 151, expedidas por la CRA, es decir, con base en la medición del consumo del servicio de acueducto.

(iv) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios violó en forma directa las cláusulas contenidas en el Contrato de Condiciones Uniformes de la EAAB- E.S.P.; que la actora le ha dado cumplimiento a la normativa sobre la materia relacionada con las tarifas y a lo señalado en el contrato de condiciones uniformes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y

alcantarillado, el cual rige para las partes, esto es, para la empresa demandante e INDEGA S.A., como suscriptor y/o usuario del mismo, lo que conlleva a que necesariamente se deba facturar el servicio de alcantarillado con base en el consumo de acueducto; que así exista interés en una de las partes (en este caso de INDEGA S.A.) para que la medición del servicio de alcantarillado se realice de otra manera, dicho contrato de condiciones uniformes no puede ser cambiado, si no existe un parámetro normativo que avale su solicitud, porque su régimen legal se encuentra ligado a la Ley 142 de 1994 y/o a la regulación expedida por la CRA.; y que no es facultad de la actora, como prestadora del servicio, ni de la Superintendencia demandada, como ente regulador, modificar la estructura tarifaria y las implicaciones que su cambio originan, ya que dicha responsabilidad recae únicamente en la CRA.

1.1.3.3. Desviación de poder. Expresó sobre este motivo de reproche que la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios ha exonerado de manera ilegítima a un usuario particular de pagar parte de la descarga que efectúa al sistema de alcantarillado, contrariando las disposiciones sobre la materia, con desconocimiento de la competencia del organismo regulador y contrariando el interés general sobre el cual está estructurado el esquema tarifario, el cual está construido sobre la proporción al consumo de acueducto.

1.1.3.4. Violación al interés público y social y al derecho de igualdad. Alegó en sustento de este cargo que independientemente de

la descarga real de vertimientos a la red de alcantarillado, todos los que consumen acueducto tienen que asumir el pago del alcantarillado, pues de lo contrario se obligaría a que otros usuarios que no están en capacidad de hacerlo tuvieran que asumir ese valor, con lo cual se afectaría el interés público o social; que no se puede exigir a la Empresa a facturar de otra manera cuando el ente de regulación no lo ha dispuesto sino con base en el consumo de acueducto; y que tampoco la Superintendencia puede ordenar otro método de facturación, toda vez que no existe régimen tarifario que permita establecer el cobro de este servicio tomando como base los metros cúbicos vertidos.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La demanda se notificó debidamente a la entidad demandada y a la sociedad con interés directo en las resultas del proceso, quienes se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la empresa demandante.

1.2.1. La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS defendió la legalidad de la resolución demandada y al efecto manifestó:

(i) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 numerales 1 y 2 de la Ley 142 de 1994 es competencia de la SSPD vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes prestan los servicios de públicos domiciliarios, en cuanto que ese cumplimiento afecte en forma directa a usuarios

determinados; que no invadió ni usurpó las funciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico ni mucho menos de la entidad prestadora del servicio público domiciliario demandante, y tampoco desconoció las normas citadas como vulneradas ni el principio de legalidad, pues no ha establecido ninguna unidad de medida del consumo del servicio de alcantarillado, ni modificado el régimen tarifario para el cobro de los vertimientos, ni fijado unilateralmente la tarifa para el cobro del alcantarillado por descarga, simplemente dispuso, conforme a las normas vigentes, la reliquidación de una factura de la demandante en orden a que la facturación del usuario reclamante se hiciera de acuerdo con la medición real del consumo, tal como es su derecho de acuerdo con los artículos 9.1, 144, 145 y 146 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 3.2.3.6. de la Resolución CRA 151 de 2001; y que en ningún aparte del acto demandado se expresa que se esté otorgado un subsidio en la tarifa de alcantarillado del usuario INDEGA S.A.

(ii) Que en el expediente se demostró que INDEGA S.A. tiene instalado un medidor de aguas vertidas por el usuario al alcantarillado, que la empresa demandante no quiere aceptar, desconociendo la excepción a la regla general en la materia establecida en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

(iii) Que la SSPD no ha desconocido ni directa ni indirectamente las cláusulas del contrato de condiciones uniformes de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., el cual en todo caso está

sujeto a las normas de derecho público.

(iv) Que carece de fundamento el cargo de desviación de poder, puesto que la entidad de control lo que ha hecho, en estricto sentido, es dar aplicación a las normas antes citadas que rigen el servicio público de acueducto y alcantarillado; y que con su actuación no ha vulnerado alguna el interés público social ni el derecho de igualdad.

Con apoyo en las razones de defensa antes expuestas propuso las excepciones que denominó: “Excepción de legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución número SSPD-2012814083175 de fecha 4 de octubre de 2012”; “Excepción de carencia de derecho y ausencia de causa para demandar”; “Cumplimiento de un deber legal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”; y “Ausencia de las causales de nulidad, artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

1.2.2. La sociedad **INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. – INGEA S.A.**, tercero con interés directo en el proceso, manifestó al contestar la demanda:

(i) Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no fijó procedimiento alguno para el cobro del servicio de alcantarillado sino lo que hizo fue hacer cumplir la ley de servicios públicos domiciliarios y así garantizar el derecho de los usuarios a que sus consumos sean

medidos, derecho éste consagrado en los artículos 9 y 146 de esa normativa; y que la facturación del servicio de alcantarillado con base en la medición o el aforo de los vertidos ha sido avalada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, validándose así la actuación de la Superintendencia; y que no creó un método diferente al consignado en la normatividad tarifaria, pues el hecho de que los vertimientos sean medidos, que es técnicamente posible, no significa que se esté estableciendo una tarifa diferente ni que el método tarifario se haya modificado.

(ii) Que la tarifa fijada por la CRA para el servicio de alcantarillado se aplica por igual al usuario de fuentes alternas, al gran consumidor de acueducto y alcantarillado como es el caso de INDEGA; que la tarifa para el caso de usuarios de fuentes alternas y de grandes consumidores se aplica sobre el vertimiento medio o aforado, en tanto que la tarifa para usuarios domésticos se aplica sobre el vertimiento supuesto, por cuanto no es real, teniendo como referencia el consumo de acueducto, sistema que ha sido establecido por la CRA, en atención a los aspectos técnicos y económicos que impiden medir a cada usuario del servicio de alcantarillado como sería lo ideal; y que al no existir limitaciones para empresas como INDEGA, el vertimiento debe facturarse con base en cualquiera de los sistemas avalados por la CRA.

(iii) Que, en cuanto a la metodología tarifaria, carece de sustento la afirmación de la EAAB E.S.P. cuando señala que la Superintendencia

de Servicios Públicos Domiciliarios ha establecido un tratamiento diferente para cobrar a INDEGA S.A. el servicio de alcantarillado, pues la regla general establecida en la Ley 142 de 1994 es la medición de todos los servicios públicos, incluido el servicio de alcantarillado, y sólo cuando no se pueda medir es que procede la facturación de éste con base en el consumo de acueducto; y que, por ende, la medición de los vertimientos al alcantarillado no implica modificación de la fórmula tarifaria establecida por la CRA, pues se aplica la misma tarifa al vertimiento, sea medido o aforado o determinado a partir de un proceso industrial o de acuerdo con el consumo del acueducto, como ocurre con la mayoría de los usuarios domésticos.

(iv) Que la regla general en materia de medición de alcantarillado establecida en la Resolución número 287 de 2004, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, corresponde a una relación uno a uno con alcantarillado, y tiene como excepciones, cuando: i) se trate de grandes consumidores, ii) el abastecimiento del servicio se realice por la utilización de fuentes alternas y iii) los vertimientos no correspondan de manera total a lo que se consume por abastecimiento de agua, sea por un proceso químico o industrial.

(v) Que no puede calificarse de “subsidio” el menor egreso de INDEGA S.A. o el menor ingreso de la EAAB E.S.P., derivados de la aplicación de la ley, como pretende la actora, por el contrario, de no haberse ordenado por la SSPD que los vertidos de INDEGA fueran medidos o

aforados, se habría generado un incremento injustificado en el patrimonio de la EAAB y a su vez un detrimento para INDEGA, en cuanto no corresponde a los servicios efectivamente prestados, por cuanto la mayor parte del agua que consume por acueducto no es vertida al alcantarillado como ocurre con la gran mayoría de usuarios del servicio.

(vi) Que la EAAB E.S.P. puede, técnica y jurídicamente, determinar la cantidad de vertimientos que efectúa INDEGA al alcantarillado y facturar conforme a dicha cantidad real de vertidos al alcantarillado, ya sea: i) con los instrumentos de medición que la EAAB determine como apropiados, cuyo costo asumirá INDEGA o, ii) mediante medición o aforo teniendo en cuenta el resultado de los medidores de INDEGA o, iii) a partir del consumo de acueducto, determinando el volumen de agua que es transformado en un proceso industrial.

(vii) Que no existe fundamento alguno para considerar que la SSPD se extralimitó en sus funciones al proferir el acto acusado al avalar los medidores de INDEGA, por cuanto lo que ordenó el ente de control fue tener en cuenta uno de los diferentes sistemas de medida, y por ello ordenó reliquidar el consumo facturado con base en los resultados de los registros de los medidores de INDEGA, en aplicación de la Ley 142 de 1994 que establece la obligación de la Empresa y el derecho del usuario a la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicamente apropiados, y que el consumo sea el elemento principal del precio; y que los medidores instalados por INDEGA S.A.

para medir las descargas al alcantarillado son técnicamente apropiados para medir los vertimientos y fueron calibrados por laboratorios certificados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

(viii) Que la EAAB ha interpretado de manera indebida las normas que alega como violadas, pues la Ley 142 de 1994, artículos 9 y 146, establecen como un derecho de los usuarios la medición de todos los servicios públicos sin excepción, y las Resoluciones 151 y 287 de la CRA fijan las tarifas y determinan el consumo o demanda de aquellos servicios públicos, cuando la medición individual no es posible por las razones señaladas en la misma ley; pero cuando la medición es técnicamente posible al resultado de ella deberá aplicarse la tarifa expedida por la CRA.

(ix) Que la demandante no sustentó el cargo de violación del artículo 87 de la Ley 142 de 1994; que en todo caso, el criterio de solidaridad se ha tenido en cuenta por el ente regulador para establecer el SISTEMA TARIFARIO que es igual a lo que se ha denominado METODOLOGÍA TARIFARIA, conceptos que de ninguna manera pueden llegar a confundirse con lo que se ha denominado METODOLOGÍA PARA DETERMINAR EL CONSUMO; que si el cobro de alcantarillado se realiza de manera proporcional al servicio de acueducto, se debe a que por mandato legal la CRA ha fijado esa metodología de determinación del consumo del servicio de alcantarillado ya que resulta técnica y económicamente engorroso, y no obedece a criterio de solidaridad alguno, como lo afirma erróneamente

la EAAB; que el criterio de solidaridad se emplea para establecer el sistema tarifario, como lo admite la EAAB, y con base en él se establece una tarifa más o menos elevada entre los usuarios, y es por ello que, por ejemplo, el usuario de estrato 6 va a tener un cobro o facturación de mayor valor en relación con un usuario de estrato 1; y que es en este sentido que se debe tener en cuenta el criterio de solidaridad, esto es, para de establecer la tarifa y no el consumo.

(x) Que los actos acusados no violan el principio de legalidad ni las condiciones contenidas en el contrato de condiciones uniformes.

(xi) Que no hay razones por las cuales se deba establecer una tarifa diferente para aplicarla a las descargas reales, puesto que se trata de aplicar la misma tarifa que la EAAB ha venido aplicando a las descargas supuestas, relacionadas con el consumo de acueducto.

(xii) Que no tiene asidero lógico, jurídico ni fáctico la afirmación de que los actos acusados atentan contra el interés público o social y vulneran el derecho a la igualdad, puesto que al cobrar el servicio con base en el consumo real se ajusta al ordenamiento jurídico y por el hecho de medir los vertimientos de INDEGA S.A. o de cualquier usuario que solicite la medición de sus vertimientos, no significa que se esté atentando contra el interés público. No se prueba tampoco en el proceso la violación alegada al derecho de igualdad.

Finalmente, en lo atinente a la estimación de la cuantía, advierte que la señalada por la EAAB corresponde a la facturación por concepto del servicio de acueducto y alcantarillado del período comprendido entre el 14 de agosto y el 10 de septiembre de 2010, en el cual se cobró la suma de \$132.735.213,00 por la cuenta contrato núm. 11331695 y la suma de \$140.225.122,00, para la cuenta contrato 10203123; sin embargo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reliquidó las mencionadas facturas tomando como base los resultados de los vertimientos arrojados por los medidores de INDEGA en el período indicado y a tal medición le aplicó la tarifa de la CRA; en consecuencia el valor cobrado fue por la suma de \$59.627.601,00 para la cuenta contrato 11331695 y por la suma de \$62.992.655,00 para la cuenta contrato 10203123, para un total \$122.620.256,00, sumas que reconoció deber INDEGA porque corresponden a la medición de los vertimientos del sistema de alcantarillado público, es decir, que conciernen a los servicios efectivamente prestados por la EAAB, y que fueron cancelados en su totalidad el 10 de julio de 2013. Lo cual significa que la suma cuestionada corresponde a \$150.340.079,00, que ha sido cobrada de más por la EAAB en sus facturas.

Propone como excepciones la de cosa juzgada, puesto que la *causa petendi* coincide con la solicitada dentro del proceso radicado núm. 11001-33-31-002-2011-00293-0, fallado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de mayo de 2013 y de inepta demanda por no haberse sustentado los cargos de nulidad formulados.

2.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la Sentencia de 10 de abril de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resolución núm. SSPD 20128140183175 de 4 de octubre de 2012, *“Por la cual se decide un recurso de apelación”*, expedida por la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Luego de referirse en un capítulo preliminar al marco legal del servicio público de alcantarillado en relación con su medición y facturación¹, examinó el cargo de falta de competencia, el que estimó probado. En sustento de esa decisión adujo:

Que la empresa demandante sostiene que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios carece de competencia para expedir el acto acusado, por cuanto se atribuyó la facultad de modificar el régimen tarifario vigente al determinar la facturación del servicio público de alcantarillado de INDEGA S.A en el periodo del 14 de agosto al 10 de septiembre de 2010 con base en el aforo de los vertimientos, esto es, la diferencia de las lecturas que registró el medidor del alcantarillado del establecimiento de comercio, desconociendo que el

¹ En este acápite desarrollo los siguientes temas: “a.- La tesis de la facturación del servicio de alcantarillado teniendo como factor principal el cobro del consumo de acueducto –“la relación de equivalencia”; b.- La medición o aforo de los vertimientos como excepción a la relación de equivalencia acueducto-alcantarillado y como derecho del usuario del servicio a que se le cobre el consumo real; y c.- La facultad de la empresa prestadora del servicio y de los laboratorios acreditados para la calibración y verificación metrológica de los medidores de los líquidos vertidos a la red de alcantarillado instalada por los usuarios del servicio”.

valor del alcantarillado es la tarifa resultante de dividir el costo estimado del servicio por el consumo estimado de acueducto.

Que con relación al argumento del demandante que sostiene que la Superintendencia invadió la órbita de competencia de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico al crear una metodología tarifaria no dispuesta en el ordenamiento jurídico, el Tribunal considera que para este asunto no es técnicamente posible que la empresa prestadora del servicio público realice el cobreo del alcantarillado teniendo en cuenta la medición de los vertimientos, pese a que dé aplicabilidad al criterio que surge en la posibilidad de que un gran consumidor no residencial del servicio de alcantarillado se encuentre en la capacidad de establecer la medición individual de las aguas vertidas, como criterio opuesto a la tesis del “consumo de alcantarillado equivalente al consumo de agua”, que se sustenta en la hipótesis de que el usuario consume la misma cantidad de agua que arroja a las redes, por cuanto que en este caso no existe la certeza de que los medidores instalados por INDEGA S.A. sean los idóneos para medir el flujo real de los líquidos vertidos a la red de alcantarillado.

Que aun en el caso de que la Superintendencia acusara la prevalencia del derecho del usuario a que el consumo sea el elemento principal que se cobre en la factura del servicio público de conformidad con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, y que sea un hecho evidente que el usuario como gran consumidor no residencial del servicio de acueducto y alcantarillado procese industrialmente parte del agua consumida,

siendo en consecuencia menor el flujo del líquido que se vierte, no puede bajo este argumento avalar unos medidores que se encuentran calibrados por unos laboratorios que no se encuentran acreditados por el organismo competente para tal fin.

Que le asiste razón al demandante cuando sostiene que la entidad demandada avaló que el usuario instalara motu proprio un medidor a su criterio, con las condiciones técnicas que le pareciera y en el lugar que lo estimara, impidiendo que la empresa prestadora realizara el correspondiente control del medidor, en colaboración con el laboratorio acreditado, para así determinar sus condiciones idóneas.

Que antes de disponer la reliquidación de la factura del período de 14 de agosto de 2010 al 10 de septiembre de 2010, a través del acto acusado, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el procedimiento en sede administrativa, debió exigir los informes de calibración anual del medidor y la certificación que acreditara la idoneidad de los laboratorios que hicieron la correspondiente calibración de conformidad con el artículo 159, inciso 2º, de la Ley 142 de 1994; y que no obstante ello, dicha entidad optó por omitir este aspecto, sin verificar que las lecturas registradas por el medidor de INDEGA S.A. arrojaran en efecto el registro de la cantidad real de líquido vertido por el usuario al alcantarillado en el período de facturación, ni permitir a la actora realizar tal verificación, previamente a la reliquidación de las facturas ordenadas por la entidad demandada en mención.

Que la orden de reliquidación de la factura impartida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del acto demandado fue emitida por fuera de la órbita de su competencia, dado que avaló el medidor instalado por la sociedad INDEGA S.A., teniendo en cuenta que conforme al acervo probatorio no se puede establecer si los instrumentos instalados por la sociedad usuaria cuentan con la respectiva acreditación en materia de alcantarillado, razón por la cual la decisión de la mencionada entidad demandada vulneró el derecho, tanto de la empresa actora, como del usuario, a que el consumo sea medido empleando instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles.

A título de restablecimiento del derecho ordenó que la sociedad INDEGA S.A. está obligada a pagar a la actora el saldo pendiente de las facturas correspondiente a las cuentas contrato números 10203123 y 11331695, por pertenecer estos valores a la prestación efectiva de los servicios de alcantarillado prestados por la empresa demandante a la sociedad INDEGA S.A.

De otro lado, condenó en costas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

4.- LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. De la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Luego de referirse a las consideraciones previas del Tribunal sobre la facturación del servicio público de alcantarillado -las que estimó que no corresponden a un análisis profundo y coherente del tema-, se refirió al cargo de falta de competencia que declaró probado el *a quo* y adujo como motivos de inconformidad frente a esa decisión:

Que desconoce el precedente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre la materia.

Que no existe prueba en el proceso que la empresa demandante le hubiera comunicado a INDEGA S.A. que como gran consumidor no residencial le exigía que sus medidores estuvieran calibrados por un laboratorio acreditado por el ONAC, y que en todo caso el competente para esos efectos sería la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme a la Resolución CRA 457 de 2008.

Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene competencia para vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes prestan los servicios de públicos domiciliarios, en cuanto que ese cumplimiento afecte en forma directa a usuarios determinados (Ley 142 de 1994, artículo 79), pero no para avalar medidores ni ningún tipo de instrumentos, pues no es técnica en ese sentido.

Que el Tribunal traslada a la Superintendencia la carga de la prueba que le corresponde a la empresa demandante en relación con la certeza del correcto funcionamiento del medidor.

Que no existe ningún elemento de juicio que permita concluir que la entidad de vigilancia y control haya obstaculizado o impedido a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. cumplir con las obligaciones legales y contractuales que le asisten relativas a medir los consumos, facturar el servicio de forma tal que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor y/o usuario, y cerciorarse que los medidores funcionen en forma adecuada (cláusula 11 del contrato de condiciones uniformes, ordenada en la Resolución CRA 375 de 2006), deberes éstos cuyo cumplimiento nunca se demostró en sede administrativa.

Que la obligación de exigir los informes de calibración anual del medidor instalado por el usuario y la certificación de la Superintendencia de Industria y Comercio que acreditara la idoneidad de los laboratorios que hicieron esa calibración estaba en cabeza de la prestadora del servicio y no de la entidad de vigilancia y control; y que en el expediente no existe ninguna prueba que acredite que la EAAB haya requerido alguna vez desde el año 2004 a INDEGA S.A. descalificando los instrumentos de medida e indicándole cuáles debía instalar.

4.2. De la sociedad Industria Nacional de Gaseosas S.A. – INDEGA S.A. Expresó en sustento de su impugnación:

Que el Tribunal cuestiona la idoneidad de los medidores de la empresa con el argumento de que no existe certeza de la medición del fluido, pero no reprocha la desidia de la EAAB que siempre los tuvo a su disposición y nunca hizo ninguna observación sobre su funcionamiento.

Que la EAAB debe determinar la cantidad de vertimientos que efectúa INDEGA S.A. al alcantarillado y facturar conforme a dicha cantidad real de vertidos, ya sea: a) con los instrumentos de medición que la EAAB determine como apropiados, cuyo costo debe asumir la usuaria; o b) a partir del consumo del acueducto, determinado el volumen de agua que es transformado en el proceso industrial que realiza INDEGA S.A.; y que en el presente caso sólo podía tenerse en cuenta el resultado que arrojan los medidores instalados por INDEGA S.A. desde el año 2004, como quiera que para la fecha de presentación de la reclamación que dio origen al acto administrativo demandado resultaba imposible ontológicamente establecer el consumo de alcantarillado a partir del consumo de acueducto en el proceso industrial, por tratarse de un hecho cumplido.

Que a partir de entonces INDEGA ha venido solicitando a la EAAB no solo que revise los contadores instalados sino que efectúe los requerimientos técnicos a que haya lugar con el fin de hacer las adecuaciones que estime necesarias, no obstante lo cual la empresa

demandante ha incumplido con ese deber y no ha hecho un solo requerimiento sobre el funcionamiento de los medidores, los cuales en todo junto con sus certificados de medición se le han puesto a su disposición, omitiendo aquella el deber de revisarlos.

Que a pesar de la facultad de la EAAB de exigir la instalación de medidores diferentes o hacer observaciones respecto de los instalados por INDEGA o, incluso, hacerlos desinstalar para hacerlos revisar por los laboratorios que a bien tuviera, la empresa prestadora del servicio no lo ha hecho, incumpliendo así con este deber legal, y que las consecuencias de esta omisión puedan ser trasladadas a un usuario que ha solicitado que se aplique la ley y se le reconozca el derecho a que sus consumos por vertimientos sean medidos; y que como la EAAB no midió ni aforó los vertimientos y tampoco revisó los contadores instalados por INDEGA, fue que la SSPD, para hacer cumplir la ley, ordenó que las facturas se reliquidaran teniendo en cuenta el resultado de la medición o aforo realizado por el usuario.

Que el usuario tiene la facultad de instalar los medidores y que es la empresa demandante y no la Superintendencia quien está facultada para verificar su funcionamiento e idoneidad, de acuerdo con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994.

Que el funcionamiento de los medidores no puede ser objeto de cuestionamiento cuando éstos han sido puestos a disposición de la empresa para que los revise y ésta ha incumplido sistemáticamente

sus deberes en ese sentido, comportamiento que ha sido avalado por el Tribunal al pretender trasladar esa obligación de revisión de los instrumentos de medida a la SSPD, lo cual es contrario a la ley.

Que, en consecuencia, el resultado de la medición de los medidores de INDEGA S.A. habrá de aceptarse y debe con base en él efectuarse la facturación, conforme lo dispuso la Superintendencia en el acto acusado, sin que sea posible cuestionarla aduciendo falta certeza sobre la idoneidad de los medidores, entre otras razones, porque además la ley no exige al usuario cerciorarse del adecuado funcionamiento de los medidores y porque ninguna norma faculta a la entidad demandada para exigir la acreditación del funcionamiento de tales instrumentos.

Que no hay prueba que sustente la afirmación del *a quo* cuando señaló que la Superintendencia impidió que la empresa demandante cumpliera con su obligación, pues, por el contrario, existen pruebas en el expediente de que INDEGA S.A. solicitó en muchas oportunidades a la actora realizar directamente la medición o aforo con los equipos que la empresa considerara, que avalara u homologara los medidores y que hiciera las observaciones a que hubiere lugar y que nadie impidió que la demandante cumpliera con su obligación.

Que si el Tribunal consideraba que había duda sobre el funcionamiento de los medidores ha debido hacer uso de la facultad oficiosa en materia probatoria reconocida en el artículo 213 del C.P.A.C.A. y

solicitar los certificados de calibración y la acreditación de los correspondientes laboratorios vigentes, prueba que se encontraba a disposición tanto de la empresa demandante como de la entidad pública demandada, por obrar ya en el expediente administrativo.

Que la sentencia es incongruente y vulnera el artículo 281 del Código General del Proceso, pues a pesar de que el Tribunal realizó un estudio sobre la legalidad del servicio de alcantarillado para grandes consumidores y el reconocimiento de la medición de los consumos como un derecho de los usuarios, las conclusiones que expuso para declarar la nulidad del acto acusado son diametralmente opuestas a los fundamentos señalados en la parte argumentativa; que sorprende que el Tribunal haya adoptado su decisión con fundamento en el funcionamiento de los medidores, cuando éste no fue un hecho aducido en la demanda y no se probó en el expediente que no tuvieran la precisión requerida; que lo que cuestionó la demandante fue que se utilizara el procedimiento de facturación teniendo en cuenta el aforo o medición de los vertidos y no el consumo de acueducto; y que colorario de lo anterior es que el Tribunal de primera instancia profirió la sentencia apelada con violación de la citada norma procesal, puesto que la misma no se encuentra en consonancia con los hechos, las pretensiones y los argumentos de la demanda.

Que la sentencia apelada se encuentra viciada, pues el hecho que dio lugar al impedimento manifestado por la Magistrada ponente (el vínculo laboral de su hijo con la EAAB) y que le fue negado sí afectó

ciertamente su imparcialidad, hecho éste que se hace notorio si se tiene en cuenta que en otros procesos, cuyas partes y causa *petendi* coinciden, el Tribunal sí negó las pretensiones de la demanda al considerar que la empresa demandante no probó que los medidores de INDEGA no fueran adecuados técnicamente para determinar el consumo de alcantarillado, siendo una obligación de la empresa prestadora del servicio.

De otra parte, en cuanto al restablecimiento del derecho, señaló que si en gracia de discusión se llegara a aceptar que era obligación de la Superintendencia allegar al expediente los certificados de calibración de los medidores de INDEGA S.A. y los certificados de acreditación de los laboratorios que hicieron esa calibración, y que sin los mismos la SSPD se extralimitó en sus funciones al avalar unos medidores sin que obrara prueba en la actuación administrativa de ello, no es procedente reestablecer derecho a la actora, dado que no probó la violación de derecho alguno que deba ser reestablecido, habida cuenta de que siempre tuvo a su disposición los medidores de INDEGA S.A. para su revisión.

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Las partes demandante y demandada y el tercero interesado en las resultas del proceso reiteraron, en lo esencial, los argumentos que esgrimieron en desarrollo de esta actuación judicial. El Ministerio Público guardó silencio.

6.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Cuestión previa.

La apoderada judicial de la sociedad INDEGA S.A. aduce en el recurso de apelación a la sentencia de primera instancia que ésta se encuentra viciada por la falta de imparcialidad de la Magistrada Ponente. Y agrega que de ello es indicativo el hecho que en otros procesos con identidad de partes y de causa el Tribunal negó las pretensiones de la demanda.

Sobre este aspecto, la Sala observa que en el curso de la primera instancia la Magistrada Ponente, en orden precisamente a salvaguardar la imparcialidad del fallador en la actuación judicial, manifestó su impedimento para continuar conociendo de ella, con fundamento en la causal establecida en el numeral 1º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (aplicable por remisión expresa del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011), por tener su hijo vinculación de tipo laboral con la empresa demandante.

El expediente pasó al Despacho del Magistrado de la Sección Primera que seguía en turno, tal como lo prevé el artículo 131 del C.P.A.C.A., quien mediante providencia del 16 de enero de 2014 declaró infundado el impedimento, por considerar que el principio de imparcialidad no resultaba afectado en este caso.

Por disposición legal, esta decisión acerca del impedimento no es objeto de recursos (inciso final del citado art. 131).

Además, es pertinente señalar que la sentencia apelada fue aprobada con mayoría absoluta por la Sala de Decisión de la Sección Primera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esto es, por un cuerpo colegiado, y no únicamente por la Magistrada Ponente, de modo tal que no puede alegarse vicio alguno en su expedición.

De otro lado, no es aceptable para la Sala el argumento de la apelante sobre que la prueba de la supuesta falta de imparcialidad es que el Tribunal haya fallado otros asuntos en sentido diferente al presente, en primer lugar, porque no indica los procesos en los que ello ocurrió, y en segundo término, porque tal circunstancia no significa necesaria e ineludiblemente la violación a ese principio. De ser ello así, no sería válido para los jueces modificar su jurisprudencia pese a la existencia de criterios jurídicos que permitan adoptar una nueva posición sobre determinada materia.

6.2. Examen de fondo.

6.2.1. El acto demandado. El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución núm. SSPD- 20128140183175 de 4 de octubre de 2012, expedida por la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual

se “*Se decide un recurso de apelación*”, en el sentido de modificar las decisiones números S-2010-588206 del 25 de octubre de 2010 y S-2010-654724 del 29 de noviembre de 2010, proferidas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y de disponer para las cuentas contratos números 10203123 y 11331695, la reliquidación de la factura del período de 14 de agosto de 2010 al 10 de septiembre de 2010, con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descargas industriales).

6.2.2. La controversia planteada en los recursos de apelación. La Superintendencia señaló en el recurso de apelación que en ningún momento creó un procedimiento no reglado y que, por el contrario, en ejercicio de sus funciones y en protección de los derechos de los usuarios y de la posición dominante, procedió a ordenar la reliquidación de las facturas, de acuerdo con la diferencia de lecturas entre la cantidad utilizada en la producción de gaseosa y la cantidad efectivamente vertida al alcantarillado.

Por su parte, la sociedad INDEGA S.A., tercera interesada en las resultas del proceso, adujo que la sentencia de primera instancia violó el principio de congruencia, puesto que no se encuentra en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda, dado que declaró nulo el citado acto administrativo acusado con fundamento en que no hay certeza sobre la idoneidad y funcionamiento de los medidores instalados por la mencionada sociedad para medir los

vertimientos, asunto que no fue objeto de cuestionamiento en el proceso.

Además, porque no tuvo en cuenta que obran pruebas que demuestran que INDEGA S.A. ha solicitado a la actora realizar directamente la medición con los equipos que a bien tuviera, que le pidió revisar y formular las observaciones a que hubiere lugar, respecto de los medidores instalados por dicha sociedad desde 2004, y que incluso ha puesto a su disposición los informes de calibración del medidor y la certificación que acredita la idoneidad de los laboratorios que hicieron la correspondiente calibración.

6.2.3. La inexistencia de incongruencia en la sentencia apelada.

Sobre este asunto, cabe destacar que del *petitum* de la demanda se desprende que la actora solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución núm. SSPD 20128140183175 de 4 de octubre de 2012, por la cual “*Se decide un recurso de apelación*”, expedida por la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y a ello precisamente se contrajo el fallo recurrido, al pronunciarse sobre la nulidad del citado acto administrativo, la cual, en efecto, fue declarada. Así mismo, se debe señalar que en el acápite “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN”, al sustentar el primer cargo de nulidad denominado “FALTA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS”, la actora expresó:

“Salta a la vista la ilegalidad presente en la resolución de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que admitió al usuario un medidor no exigido por la Empresa, puesto por el usuario, y sin que su calidad y especificaciones fueran avaladas.

De tal suerte, que la orden impartida de efectuar la reliquidación de la factura con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descargas industriales), no se ajusta a precepto legal de la norma, más aún si se tiene en cuenta que los medidores instalados por INDEGA S.A. no fueron instalados, calibrados o certificados.

Así mismo debe considerarse, que los medidores deber ser calibrados por algún laboratorio técnico acreditado por el organismo Nacional de Acreditación de Colombia – ONAC, pues debe existir certeza de la medición de los consumos, sobre lo cual no se tiene conocimiento, que exista en materia de alcantarillado, así como tampoco se evidencia, que exista por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas – ICONTEC una normatividad para la calibración de los medidores de aguas residuales, razones suficientes para comprender por qué a la Superintendencia de Servicios Públicos no le asistía competencia para decidir autónomamente, que el medidor de la Industria Nacional de Gaseosas – Indega S.A. era apto para la medición del consumo de alcantarillado, y con la información que suministra el usuario, lo cual no es solo una violación del régimen normativo del servicio de alcantarillado, (sino) una extralimitación de sus funciones y una vulneración a las garantías procesales de la empresa, pues pretende que se empleen mecanismo que ni siquiera la autoridad competente ha definido.”

Lo anterior pone de presente que la idoneidad y funcionamiento de los medidores instalados por INDEGA S.A. fue objeto de cuestionamiento en la demanda, razón por la cual sí existió congruencia entre lo cuestionado por la actora y lo decidido en la sentencia recurrida.

6.2.4. El criterio reiterado de la Sala sobre la medición del servicio de alcantarillado. La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de la Resolución acusada, por cuanto el *a quo* consideró que la orden de reliquidación de la factura impartida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de dicho acto fue emitida por

fuera de la órbita de su competencia, dado que avaló el medidor instalado por la sociedad INDEGA S.A., teniendo en cuenta que conforme al acervo probatorio no se podía establecer si los instrumentos instalados por la sociedad usuaria contaban con la respectiva acreditación en materia de alcantarillado.

Estimó el fallador de primera instancia, además, que la decisión de la Superintendencia demandada violó el derecho, tanto de la empresa actora, como del usuario, a que el consumo sea medido empleando instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles.

Sobre el particular, es del caso precisar que esta Sección, en recientes pronunciamientos que en esta oportunidad se recogen -en el primero modificando su posición anterior sobre el tema y en los posteriores reiterando el nuevo criterio²-, ha señalado que para el cobro del servicio de alcantarillado se debe tener como parámetro de medición, el establecido, en cumplimiento del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, por la Comisión Reguladora de Agua Potable- CRA, a través de la Resolución núm. 151 de 2001, vale decir, el consumo del servicio de acueducto, y que no es viable aplicar un parámetro distinto a éste, en el cual el cobro del consumo de alcantarillado se realice a partir de la medición directa del volumen de vertimientos.

² Criterio que se encontraba expuesto, entre otros, en la Sentencia de 22 de noviembre de 2002 (Expediente núm. 25000-23-24-000-1997-2360-01 (6572), Consejero ponente doctor Camilo Arciniégas Andrade).

En Sentencia de 15 de mayo de 2014 (Expediente núm. 2005-01399-01, Actora: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), la Sala al modificar su posición sobre el tema expresó lo siguiente:

“(…) Es precisamente frente a este planteamiento que se pronunció el Tribunal de instancia acorde con las pretensiones planteadas en el libelo introductorio y que fue objeto de análisis en la primera instancia, debiendo reiterarse que en esta materia rige como principio general el artículo 146³ de la Ley 142 de 1994, según el cual **el suscriptor del servicio y la empresa tienen el derecho y el deber a que se midan los consumos y que se empleen para ello instrumentos de medida técnicamente diseñados para el efecto, a fin que el consumo medido sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.** Sin embargo, la citada ley estipula la posibilidad del cobro del servicio a partir de parámetros que estimen la producción de residuos (líquidos para el servicio de alcantarillado y sólidos para el servicio de aseo), señalando para el efecto: **“En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo”.**

De conformidad con esta disposición y ante las dificultades técnicas para realizar el aforo individual que hiciera posible medir el volumen vertido a la red de alcantarillado, **se expidió la Resolución CRA N° 151 de 2001, que en el artículo 1.2.1.1 definió la “Demanda del Servicio de Alcantarillado” como la “... equivalente a la demanda del servicio de acueducto, más el estimativo de la disposición de aguas residuales de aquellos usuarios que posean fuentes alternas o adicionales de abastecimiento de agua que viertan al alcantarillado...”.**

3 “ARTICULO 146.- La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario. Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales (...).”

De otra parte, la Resolución CRA N° 287 de 2004⁴, en los artículos 13 y 18 se refiere al costo medio de operación para el servicio público domiciliario de alcantarillado, e incluyen dentro del denominador de la ecuación de cálculo, el término “AV_{ai}” como la sumatoria de vertimientos facturados por el prestador, asociados al consumo de acueducto y fuentes alternas, correspondiente al año base; de igual forma, incluye este parámetro (AV_{ai}) en el cálculo del costo medio de inversión (CMI) y el costo medio generado por las tasas ambientales (CMT), referida en el servicio de alcantarillado a la tasa retributiva por la utilización directa del agua como receptor de vertimientos puntuales. Componentes que en su conjunto conforman el Cargo por Consumo (CC) o costo medio por metro cúbico vertido.

En estos términos, **en atención a las razones técnicas y económicas, las Resoluciones expedidas por la CRA, establecen como criterio general, tener el consumo del servicio público domiciliario de acueducto como parámetro para el cobro del consumo de alcantarillado, lo que significa que el cobro del consumo de alcantarillado no se realiza a partir de la medición directa del volumen vertido a la red.**

Si bien es posible la realización del aforo de los vertimientos, mientras no exista medición individual de los vertimientos del servicio público domiciliario de alcantarillado, a solicitud del usuario del servicio, **los prestadores deberán asumir el cobro de alcantarillado acorde con el parámetro general, esto es, el correspondiente al cobro del consumo de acueducto.**

Así además se desprende del concepto técnico emitido por la CRA y allegado como prueba al expediente, en el sentido de afirmar que el principio general es que los consumos de los servicios públicos se midan; que existen excepciones al principio general que permiten que el cobro se haga a partir de parámetros que se estimen por parte del ente regulador; **que en el caso del alcantarillado, el cobro del consumo no se hace por medición directa del volumen de vertimientos, toda vez que por razones técnicas y económicas, se adoptó como criterio general, emplear el consumo del acueducto como parámetro para el cobro del servicio de alcantarillado** y son normas expedida de acuerdo con las situaciones mayoritariamente existentes.

Además señala que desde el punto de vista técnico es posible aforar los vertimientos a las redes de alcantarillado, o en su defecto partiendo de los consumos de acueducto, determinar el volumen de agua que es transformado en un proceso industrial para calcular por sustracción el volumen de vertimientos en concordancia con lo previsto en la sentencia de 3 de febrero de 2000, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado,

4 “Por la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”

radicado CU 1126, en la cual se recuerda que es posible aforar los vertimientos a las redes de alcantarillado, o en su defecto, partiendo de los consumos de acueducto, determinar el volumen de agua que es transformado en un proceso industrial, para calcular por sustracción el volumen de vertimientos.

Así las cosas, **al no existir una regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado no es viable que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá pueda para efectos de la medición del servicio de alcantarillado un parámetro distinto al establecido por la CRA, que para el presente caso es la Resolución 151 de 2001, en donde el único parámetro para efectuar la facturación del alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto...** (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Posteriormente, en Sentencia de 16 de octubre del 2014 (Expediente núm. 2013-00456-01, Actora: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), se reiteró el anterior criterio y se agregó lo siguiente:

“(...) Al ser el consumo el principal elemento para el cobro de los servicios de acueducto y alcantarillado, conforme lo prevén las disposiciones contenidas en el numeral 1° del artículo 9°⁵ y los artículos 144⁶, y 146 de la Ley 142 de 1994, y no existir una regulación específica expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento “Básico, para efectos de realizar por razones técnicas y

⁵ “Artículo 9o. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley.

⁶ Artículo 144. De los medidores individuales. Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.

La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles. (...)”.

económicas, la facturación del servicio de alcantarillado a INDEGA S.A., no es viable que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá pueda emplear una medida distinta a la establecida por la CRA, que para el presente caso es la Resolución 151 de 2001, en donde el único parámetro para efectuar la facturación del alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto.

En estos términos, asiste razón a la entidad apelante puesto que precisamente la demanda pretende la nulidad de la resolución acusada, en cuanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desconoció el parámetro de medición de la factura de alcantarillado de **INDEGA S.A.**, contrariando lo previsto en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 1.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001, ya referidos.

La Sala reitera que de no aplicar el parámetro previsto en la Resolución CRA 151 de 2001, se generaría un detrimento patrimonial a la empresa, pues el hecho de que se use el recurso para una determinada industria y se exporte el agua en desarrollo de dicho proceso, no significa que el producto final no dé lugar a un vertimiento que por lo tanto genera un costo para la empresa que debe ser asumido por la aferente.

Como en el presente caso la sociedad **INDEGA S.A.**, no ha solicitado como gran consumidor el aforo de los vertimientos a la red de alcantarillado, es decir que no existe medición individual, el cobro del servicio de alcantarillado deberá tener como parámetro el consumo de acueducto que registre el usuario.

Al corresponder la definición del sistema tarifario exclusivamente a la Comisión Reguladora de Agua Potable -CRA, tanto las empresas prestadoras de servicios públicos, como los usuarios del servicio, e incluso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, deben someterse a dichas normas.

Así las cosas, al haberse establecido que la competencia para definir el método tarifario de alcantarillado corresponde a la Comisión de Regulación de Agua Potable -CRA, y que no se demostró por el usuario del servicio **INDEGA S.A.** que cuente con los instrumentos de medida requeridos tecnológicamente de conformidad con los criterios establecidos por la CRA, para poder realizar el aforo de los vertimientos a la red pública de alcantarillado, **la medición del servicio de alcantarillado debe sujetarse al consumo del servicio de acueducto, conforme lo establece la Ley 142 de 1994.**" (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Y recientemente, en Sentencia de 19 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2013-00416-01, Actora: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), que recoge y reitera los anteriores pronunciamientos, se señaló lo siguiente:

“De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes señalados, que reitera la Sala, **no es viable considerar que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ni que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios puedan, para efectos de la medición del servicio de alcantarillado, establecer un parámetro distinto al establecido por la CRA, que para el presente caso es la Resolución 151 de 2001, en donde el único parámetro para efectuar la facturación de dicho servicio es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto,** en razón a que no existe una regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del aludido servicio.

En otras palabras, no hay norma que regule la situación particular de aquellos usuarios, como INDEGA S.A., que consumen un elevado volumen del agua recibida, en procesos industriales, y luego la exportan en desarrollo de dichos procesos. Agua consumida, que por razones obvias, no es objeto de vertimiento al servicio básico de alcantarillado.

Por consiguiente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tenía competencia para adoptar, a través de la Resolución acusada, un sistema tarifario de alcantarillado diferente al definido por la CRA, y ordenar la reliquidación de la factura del período de 30 de agosto de 2011 al 29 de septiembre de 2011, con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado (descargas industriales), pues el único parámetro para efectuar la facturación del alcantarillado es la medición efectuada por concepto del servicio de acueducto.

Ahora bien, como quiera que la parte demandada y el tercero interesado en las resultas del proceso, alegaron que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no está facultada para avalar la instalación de los medidores por parte del usuario, ni para determinar si un medidor cumple con las características, vale la pena aclarar que si bien es cierto que los usuarios pueden adquirir los instrumentos necesarios para medir sus consumos y que no es obligación de éstos, ni de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cerciorarse de que funcionen en forma adecuada, también lo es que esos instrumentos deben ser permitidos por

los contratos uniformes y deberán ser aceptados por la empresa, siempre que reúnan las características técnicas y de mantenimiento que deba dárselas, establecidas por ésta. Así lo prevé el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, que es del siguiente tenor:

“Artículo 144 de la Ley 142 de 1994. **Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos.** En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente. La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características de los medidores, y del mantenimiento que deba dárselos...”

En estos términos, al no existir medición individual de los vertimientos del servicio público domiciliario de alcantarillado, por no existir regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.- EAAB debía asumir el cobro de alcantarillado acorde con el parámetro general, esto es, el correspondiente al cobro del consumo de acueducto”, y no con base en la diferencia de lecturas que registra el medidor de alcantarillado instalado por INDEGA S.A., de acuerdo con lo señalado en la sentencia de esta Sección inicialmente invocada, esto es, la de 15 de mayo de 2014.” (Negrillas y resaltados originales en la sentencia transcrita).

De acuerdo con lo anterior, es claro que para el cobro del servicio de alcantarillado se debe tener como parámetro de medición el consumo del servicio de acueducto, y que no es viable aplicar un parámetro distinto a éste, en el cual el cobro del consumo de alcantarillado se realice a partir de la medición directa del volumen de vertimientos, dado que no existe una regulación específica expedida por la CRA para efectos de realizar por razones técnicas y económicas, la facturación del servicio de alcantarillado, conforme se dijo anteriormente.

En consecuencia, como lo señaló la Sala en la última sentencia citada, *“las pruebas que demuestran que INDEGA S.A. solicitó a la actora*

realizar directamente la medición con los equipos que a bien tuviera, que pidió revisar y formular las observaciones a que hubiere lugar, respecto de los medidores instalados por ella, así como los informes de calibración e idoneidad de los mismos, no podían ser objeto de valoración, ni era necesario decretar prueba de oficio, conforme lo indicó el tercero interesado en las resultas del proceso, en tanto que la medición establecida a través de los medidores instalados por INDEGA S.A. no corresponde al parámetro de medición definido por la CRA, conforme a lo establecido en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 1.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001”.

6.2.5. Decisión. En el anterior contexto, la Sala confirmará la sentencia apelada, pero por las razones antes expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia apelada de fecha 10 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería como apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. al Abogado Santiago

Londoño Camacho, en los términos del poder a él conferido visto a folio 20 del cuaderno de segunda instancia.

TERCERO: RECONOCER personería como apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario al Abogado Marco Andrés Mendoza Barbosa, en los términos del poder a él conferido visto a folio 45 del cuaderno de segunda instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZALEZ**
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

**GUILLERMO VARGAS AYALA
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA

Ausente con excusa